



Brasília | ano 50 | nº 197
janeiro/março – 2013

Fundamentos para uma política de acesso à reparação civil por danos criminais

JUAREZ DE SOUZA

Sumário

1. Introdução. 2. Referencial teórico e normativo da Responsabilidade Civil e Penal. 3. Por uma política pública de acesso à ação civil *ex delicto*. 4. Conclusão.

1. Introdução

O Direito é uma ciência estruturada, essencialmente, em bases dicotômicas. Em geral, a relação jurídica envolve dois ou mais sujeitos, cujos conflitos de interesses giram em torno de um mesmo bem da vida (CÂMARA, 2006, p. 65-116; CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2005). Assim, a todo direito corresponde uma obrigação, um dever-ser sob a ameaça de sanção em face do seu descumprimento, da sua inobservância, de modo a garantir a tutela efetiva do direito violado.

O nosso ordenamento jurídico “torna certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime”, conforme art. 91, do Código Penal, e assegura à vítima o direito de exigir do agente causador, ou de seus sucessores, o cumprimento da sentença penal condenatória na esfera cível. Em outras palavras, deve esse agente indenizá-la pelos danos morais e materiais que lhe causou.

No Brasil, a gravidade das condutas criminosas tem atingido níveis próximos ao de uma guerra civil. E, pior, guerra não declarada. Sabemos que, em grande medida, são delitos praticados por pessoas, muitos ainda bastante jovens, que não têm a menor capacidade econômico-financeira para absorver o ônus da responsabilidade civil que sua conduta enseja. Igualmente grave, o seu responsável civil também não tem, por vezes, tal capacidade econômico-financeira para a reparação. Em decorrência,

Juarez de Souza é Ph.D em Economia (University of Illinois at Urbana-Champaign – EUA). Professor adjunto da UnB (Instituto de Ciência Política) e Consultor Legislativo do Senado Federal.

as vítimas são dura e duplamente sacrificadas: sofrem em si mesmas os efeitos danosos da ação do delinquente, sujeitando-se aos ditames do monopólio da violência nas mãos do Estado (o *jus puniendi* é monopólio estatal), a quem caberá decidir, nos termos da lei geral e abstrata, sobre a punição ou não do agente; e (as vítimas) sofrem, também, com a impossibilidade de o causador mitigar financeiramente o dano, mediante a chamada reparação civil.

De outro lado, as vítimas nem sempre dispõem de recursos para mover um processo judicial, ainda que agora simplificado sob a forma de cumprimento de sentença, como no caso de “execução civil” ou liquidação da sentença penal condenatória transitada em julgado (art. 475-N, P. Único, do Código de Processo Civil – CPC).

Embora tenhamos avançado no campo da responsabilidade civil desde meados dos anos 80, com a introdução da Ação civil pública (ACP) em nosso ordenamento jurídico, com a introdução da responsabilidade civil objetiva do Estado, seus agentes e concessionários, dos fornecedores no âmbito das relações de consumo (Código de Defesa do Consumidor – CDC) e, particularmente, com a positivação do assunto em nosso modelo civilista de 2002, é de se notar que ainda há muito por fazer, consideradas as tristes estatísticas criminais atuais.¹

Os modelos civilista e penal vigentes, embora consistentes e complementares, não têm eficácia plena no que diz respeito ao desdobramento da responsabilização civil do agente causador do dano em face da decisão na esfera penal. Com efeito, a lesão ou ameaça de lesão a um bem juridicamente protegido pelo Estado gera, inexoravelmente a partir da sentença penal condenatória transitada em julgado, o direito de ação, tanto por danos morais, quanto materiais, ou por ambos, desde que decorrentes daquela lesão ou ameaça de lesão. É a denominada responsabilidade civil *ex delicto*.

O Estado também é vítima direta de crimes, perpetrados por agentes que, de algum modo, se relacionam com as várias atividades estatais. O raio nessa esfera tem dimensão gigantesca, estendendo-se da pérfida corrupção ativa e passiva ao abominável desvio de escassos recursos públicos destinados aos mais diversos setores carentes; da sonegação de

¹ Apenas em 2003, houve 75 mil homicídios e tentativas; 61,9 mil lesões corporais dolosas, incluindo as seguidas de morte; 24 mil estupros e atentados violentos ao pudor; 856,7 mil roubos e 2,1 milhões de furtos. Conforme dados na publicação Mapa da Violência 2012 – Os novos padrões de violência homicida no Brasil – ocorreram 13.910 homicídios em 1980, a uma taxa por 100 mil habitantes de 11,7. Os dados evoluíram para, em 2003, 51.043 e 28,9, respectivamente, permanecendo nesse patamar em 2010, quando o total de homicídios no País atingiu 49.932 e a taxa de 26,2. No período 1980-2010, em pouco mais de 2 décadas, portanto, 1.091.125 foram assassinadas no Brasil. Não bastasse, o número de óbitos em acidente de trânsito atingiu, entre 1996 e 2010, a estúpida cifra de 518.500, sendo que apenas em 2010, foram registradas 40.989 mortes nessa modalidade (WAISELFISZ, 2011).

impostos – crimes contra a ordem tributária – à manipulação odienta de informações privilegiadas – tráfico de influência e exploração de prestígio –; da prevaricação e peculato à formação de quadrilha para fraudar concorrências públicas, entre outros.

Assim como o Estado é impelido a reparar objetivamente danos causados a terceiros por seus agentes, nada mais lógico do que garantir ao Estado o direito de pleitear a reparação civil àqueles que, igualmente, lesionaram ou ameaçaram lesionar um bem estatal e juridicamente tutelado pelo próprio Estado.

Independentemente do juízo de valor que se queira deduzir dessa situação, o fato é que a certeza da impunidade civil – para não falarmos das impunidades penal e civil em conjunto – reveste-se da maior importância na explicação e, quiçá, na reversão do atual quadro caótico nas relações interpessoais em nosso País.

Com efeito, este artigo busca nas bases teórico-normativas o desdobramento da responsabilidade penal sobre a responsabilidade civil, isto é, as implicações civis de uma conduta tipificada como criminosa em nosso ordenamento jurídico. Perquire, ainda, em que medida esses fundamentos permitem formular uma política pública de acesso das vítimas à ação civil *ex delicto*, de modo que possam obter minimamente a reparação pelo dano sofrido.

2. Referencial teórico e normativo da Responsabilidade Civil e Penal

Durante muito tempo, a questão da reparabilidade por danos teve um enfoque eminentemente patrimonialista, a exemplo do tratamento dado ao assunto no Código Civil de 1916. Argumentava-se que a indenização por atos ilícitos, especialmente em caso de danos morais, era incompatível com o direito privado, porquanto não visava recompor o patrimônio do ofendido.²

Desse modo, argumentava-se que a indenização teria um caráter de pena, ou mesmo um caráter “aflitivo da reparação”, ou uma espécie de compensação civil com função penal.

O autor deste artigo é partidário da ideia de que pena privada não é fundamento para satisfazer a reparação aquiliana. Não advoga o valor permutativo do Direito, no sentido de que, para um ato ilícito com maior gravidade, já intervém o Direito Penal com aplicação de pena, e, portanto, não haveria mais motivo para acrescentar sanção civil.

² Yussef Said Cahali (2005, p. 1-44) faz uma excelente revisão de literatura no capítulo 1 de sua obra *Dano Moral*.

O ato ilícito criminoso tem consequências na esfera do Direito Público e deve ter consequências na esfera do Direito Civil. O remédio contra a ilicitude da conduta, no plano social, pertence ao Direito Penal e tem como consequência aplicação de uma pena. No plano das relações interpessoais, pertence ao Direito Privado, tendo como consequência o ressarcimento à vítima contra os resultados danosos do ato.

2.1. Referencial teórico e normativo da Responsabilidade Penal

A teoria geral do Direito Penal – do crime e das penas – está fundada em uma série de princípios, dentre os quais se destacam o princípio da reserva legal estrita (*nulla poena sine previa lege*), o princípio do devido processo legal (o *due process of law* herdado do direito inglês) e o princípio que postula o Direito Penal como *ultima ratio*. No primeiro caso, consagrado como um dos direitos fundamentais do cidadão em nossa Constituição, reconhece-se o direito de punir reservado ao Estado, desde que amparadas em lei prévia tanto a tipificação quanto a cominação da pena. Com efeito, a lei penal não retroage para prejudicar o réu, mas tão somente para beneficiá-lo. Se o agente pratica uma conduta em determinado momento do tempo e esta não é tipificada como crime, não poderá a lei penal alcançá-lo se, no futuro, vier a ser considerada criminosa.

A observância do devido processo legal é de fundamental importância, tanto para possibilitar o contraditório e a ampla defesa, quanto para coibir arbitrariedades por parte das autoridades processantes *lato sensu* (do delegado de polícia que preside um inquérito ao promotor de justiça que formula a acusação e ao juiz que presidirá o processo propriamente dito). Um dos desdobramentos desse princípio consiste exatamente na permanente busca da garantia de que ninguém será condenado sem a

observância rigorosa do *due process of law*, nem será privado de sua liberdade até que a sentença penal condenatória tenha o seu trânsito em julgado. Preserva-se, assim, a presunção da não culpabilidade, como *conditio sine qua non* para que se desenvolva de forma justa o processo e que o resultado seja igualmente justo.

A concepção do Direito Penal como *ultima ratio* é uma das grandes contribuições do pensamento penalista. Com efeito, o poder de coerção do Estado em face de condutas comissivas ou omissivas danosas a terceiros deve ser circunscrito e exercido de todas as maneiras possíveis, objetivando a correção do desvio daquele comportamento, exceto, em princípio, mediante a adoção de privação de liberdade do cidadão. Apenas em última instância – como uma espécie de *last resort* – deve o poder público utilizar-se do meio cruel disponível, isto é, aceito pelas sociedades de um modo geral, que é a aplicação das normas penais.

Desse modo, se for possível adotar uma sanção cominatória a um determinado comportamento lesivo, como resposta e reação negativa da sociedade à conduta, aplique-se a sanção cominatória, de natureza civil. Eleve-se essa sanção ao quadrado, ao cubo etc., mas apenas residualmente se aplique o direito penal, tal a gravidade e a seriedade de que se reveste essa forma de intervenção do Estado na vida dos cidadãos, particularmente no tocante à aplicação da pena privativa de liberdade.

Como se vê, são princípios garantistas, isto é, que visam a proteger o cidadão em face do poder monopolista do Estado de punir, limitando-o à estrita observância dos ditames legais no exercício desse poder, quer do ponto de vista material, quer do ponto de vista processual.

O nosso sistema penal adota a teoria do resultado. Todavia, apena-se o crime tentado quando, por razões alheias à vontade do agente, o crime não se tenha consumado.

De outro lado, para que uma conduta seja considerada criminosa é preciso que o fato seja típico (tipificado em lei), ilícito ou antijurídico (o indivíduo agiu em desconformidade com a ordem legal estabelecida) e culpável (a sua conduta não passa pelo crivo da exigibilidade de conduta diversa, ensejando um grau de reprovabilidade social tal que se sujeita o indivíduo à aplicação de uma sanção penal).

Evidentemente a concepção teórica do Direito Penal ensina que há uma série de elementos a serem considerados, tanto na elaboração da norma legal, geral e abstrata, quanto na sua aplicação, na dosimetria e na execução da pena. Destarte, é imprescindível que se atente para os fatos atípicos, a exemplo de erro sobre elementos do tipo, quando, por exemplo, o agente não sabe que está praticando um crime. Enfim, considerar a tipicidade numa perspectiva conglobante, como ensina Zaffaroni; as excludentes de ilicitude (a legítima defesa, na qual se inclui a variante discriminante putativa, o exercício regular de direito, o estado de necessidade e o estrito cumprimento do dever legal). Além disso, tanto a teoria quanto a positivação das normas penais atentam para as imputabilidades, isto é, para as hipóteses de isenção de pena, a exemplo da menoridade, do doente mental de todos os gêneros inteiramente incapaz de discernir o caráter ilícito do fato praticado “ou de determinar-se de acordo com esse entendimento” (Títulos II e III do CP, arts. 13 a 28).

O fato é que responde pelo crime quem, de qualquer modo, para ele concorreu e na medida de sua culpabilidade, não se comunicando, todavia, “as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime” (art. 30, do CP). Mas, exceto disposição em contrário, não será objeto de punição ajuste, determinação ou instigação, se o crime não chega ser, pelo menos, tentado (art. 31, CP).

Tem lugar, a propósito, uma outra construção teórica do Direito Penal a respeito do chamado concurso de agentes. Pela teoria dos antecedentes causais, a regressão no concurso seria *ad infinitum*. O nosso modelo penal adota, porém, a teoria do resultado e a da equivalência dos antecedentes causais, isto é, o resultado somente é imputável a quem lhe deu causa – a quem praticou a ação ou omissão sem a qual o resultado criminoso não teria ocorrido (art. 13, caput, CP) e todas as causas e fatos valem se o agente agiu com dolo ou culpa, respondendo sempre na medida de sua culpabilidade (art. 13, c/c art. 29, todos do CP). As teorias excluem somente a hipótese disposta na primeira parte do §1º do art. 13 do Código Penal, qual seja, a causa superveniente relativamente independente exclui a imputação do crime ao agente quando, por si só, produziu o resultado. Imputam-se, porém, os fatos anteriores a quem os praticou.

Importa ressaltar que o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o resultado tipificado como criminoso de sua conduta é condição indispensável para a imputação da responsabilidade penal. É por isso que responde pelo crime (pelo resultado danoso a um bem juridicamente tutelado pelo Estado) aquele que lhe deu causa (o agente que praticou o ato ou para ele concorreu, sempre na medida de sua culpabilidade). Esta é, também, uma construção teórica muito importante, pois analisa o crime sob o prisma da conexão entre a causa e o efeito da conduta comissiva ou omissiva do criminoso.

Satisfeitos os componentes analíticos do crime (fato típico, ilícito e culpável), o nexo de causalidade e o resultado da ação (ou tentativa, com a qualificação antes referida) conforme acima expostos, promovida a competente ação penal, assegurada a observância do devido processo legal com as exigências do direito ao contraditório e à ampla defesa do acusado, prolatada a sentença penal condenatória, o ordena-

mento jurídico estipula como um dos efeitos genéricos da condenação, “tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime”, em conformidade com o art. 91, I, do CP.

Para a segurança jurídica e estabilidade nas relações intersubjetivas requer-se o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para que seja ajuizada, na esfera cível, a correspondente ação de reparação de danos morais e materiais, ao alvedrio do ofendido ou de seus familiares, em caso de sua morte ou de sua incapacidade para a prática de atos da vida civil, seja em decorrência daquele dano ou não. O sistema assegura, também, o ajuizamento da ação cível antes mesmo da sentença condenatória, recomendando-se, porém, ao juiz da ação civil a suspensão do curso do respectivo processo, se intentada a ação penal (art. 64, Parágrafo único, do CPP).

A sentença penal condenatória sempre foi reconhecida em nosso ordenamento como um dos títulos executivos judiciais. As recentes mudanças modernizantes do processo civil brasileiro, de 2002 e 2006, incluíram esse tipo de título executivo entre aqueles sujeitos ao processo sincrético e, assim, ao rito do cumprimento de sentença, conforme o art. 475-I e seguintes do CPC. Isto é, embora não se trate de um título executivo oriundo de processo de conhecimento – próprio da área civil – a “execução” dar-se-á como se fosse oriunda da cognição. Desse modo, o ofendido peticionará o cumprimento da sentença, sujeitando-a à fase de liquidação, e com as peculiaridades das atividades executivas típicas do processo cognitivo.

Do exposto, observa-se que a concepção teórica do Direito Penal, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro sob a forma de normas legais hipotéticas, gerais e abstratas, funde-se com o lado civil da relação jurídica derivada da conduta considerada criminosa, na medida em que o causador do dano responderá penalmente e, a critério do ofendido, também civilmente. Fecha-se, assim, mais uma vez e, em tese, de modo perfeito, a velha dicotomia da ciência jurídica, como mencionado no início deste artigo.

Assim, examine-se a concepção teórica da ação penal que redundará – satisfeitos os pressupostos de admissibilidade e as questões de mérito – na referida condenação e na obrigação de indenizar o dano causado pelo crime (art. 91, I, do CP).

A Teoria Geral do Processo ensina que a ação é o instrumento mediante o qual se formaliza, diante do Estado-juiz, a pretensão a um direito violado ou a uma ameaça de lesão. Satisfeitas as condições da ação (legitimidade para a causa, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido), assim como os pressupostos processuais, o juiz instaura um processo, determinando a citação do réu para que se defenda da acusação

posta em juízo contra ele. Tem início, assim, um conjunto de atos legais (processo), distribuídos de forma ordenada (procedimento), para que a verdade dos fatos, consignada nos autos, forneça ao juiz elementos formadores de sua convicção e este possa, em nome do Estado, prolatar, de forma motivada, a respectiva sentença.

Na esfera cível, a decisão judicial reveste-se de força coercitiva, compelindo a parte vencida ao cumprimento espontâneo da obrigação nela contida, ou, sujeitando-a à execução forçada, caso não satisfaça espontaneamente o *decisum*. Ressalte-se que também nessa fase são assegurados a ampla defesa e o contraditório, mediante a impugnação do cumprimento de sentença.

Na esfera penal, o substrato do direito material em questão difere, obviamente, daquele da área cível. Assim, não apenas o processo e os procedimentos têm as suas peculiaridades, mas também os efeitos da condenação. Embora seja resguardado o direito à apelação, à busca de uma revisão de decisão em outro grau de jurisdição e aos demais recursos cabíveis em face de uma sentença penal condenatória – mesmo que transitado em julgado, como é o caso da revisão criminal – o Estado faz cumprir coercitivamente o *decisum*, empregando a força física, se necessário (via de regra). Ao réu condenado em crimes sujeitos à pena de reclusão (delitos graves, como os crimes dolosos contra a vida, tráfico de drogas, extorsão, estupro etc.), por exemplo, não é dado o direito de apelar em liberdade, ainda que matéria extremamente controversa, na medida em que feriria – argumenta-se – o princípio da presunção de não culpabilidade do condenado, pois ainda não teria transitado em julgado a sentença penal.

Com efeito, nessas hipóteses não existem as alternativas do cumprimento espontâneo da sentença ou da submissão à execução forçada. Excetuando-se a hipótese de infrações de menor potencial ofensivo (crimes e contravenções

com pena privativa de liberdade com até dois anos de detenção), somente resta ao condenado cumprir a pena privativa de liberdade que se lhe tenha sido aplicada, na expectativa de obtenção dos benefícios durante a execução (v.g., regime progressivo, liberdade condicional), ou da promulgação de uma nova lei penal retroativa que, se for mais benéfica, tem aplicação e eficácia *pro reo*.

Vimos antes que o Estado detém o monopólio da violência em nossa sociedade. Destarte, chama para si o *jus puniendi* e confronta-o com o *jus libertatis* do cidadão diante da acusação da prática de um ilícito penal. Isso não é feito de modo aleatório, porquanto, além do princípio da reserva legal estrito já mencionado, que subordina e limita o próprio direito punitivo monopolista do Estado, há condutas que interessam ao próprio ofendido para promover a ação penal ou não. Trata-se de decisão de cunho pessoal e íntimo, a exemplo dos crimes contra os costumes, de modo geral, e contra a liberdade sexual e a honra, em particular.

A mulher ofendida em sua liberdade sexual, por atos violentos ao pudor ou estupro, por exemplo, pode não desejar expor-se aos procedimentos que o processo envolverá, tornando-a vítima pela segunda vez, ainda que o processo corra em segredo de justiça. Com efeito, a ordem jurídica confere-lhe o direito de provocar ou não a atividade jurisdicional mediante queixa. Nessa hipótese, estaríamos diante de uma ação penal pública de iniciativa privada, não obstante jurisprudência recente reconhecer o direito de ação, em tais casos, também ao Ministério Público.

Por outro lado, para a grande maioria de crimes, o Estado age de ofício, i.e., uma vez constatada a materialidade do crime e os indícios suficientemente fortes de autoria da prática delituosa, o poder público (Estado-administração) promoverá a assim denominada ação

penal incondicionada. Como o nosso sistema é acusatório, caberá ao outro braço do Estado, o Estado-juiz, ou braço jurisdicional, processar e julgar o acusado.

Nessas hipóteses estão especialmente os crimes dolosos contra a vida, contra o patrimônio, contra a incolumidade e a fé públicas, contra a família e contra a Administração Pública, incluindo-se evidentemente os crimes contra a administração da Justiça.

Embora se possa argumentar, ou fazer uma leitura, do caráter superestrutural do papel do Estado nessa divisão, visto que se selecionam previamente os fatos sociais em que tomará a iniciativa para preparar e perpetrar a punição do agente e, sobretudo, independentemente da vontade do ofendido, não há como negar o caráter garantista, da sociedade como um todo, subjacente a esta estrutura. Tanto é assim que, se o Estado-administração – por qualquer razão – não tomar as providências, no prazo determinado por lei, nas hipóteses da ação penal incondicionada, ao ofendido é assegurado o direito de promovê-la. Tem-se, assim, a chamada ação penal (pública) de iniciativa privada subsidiária da pública, além das sanções aplicáveis ao Ministério Público, se for o caso.

O misto de referencial teórico-normativo (ou puramente teórico, se se admitir a norma legal como hipoteticamente formulada para ser aplicada ao caso concreto), que vimos, é fundamental para compreendermos a relação intersistêmica da esfera penal com a civil, tal qual ela se encontra, para que prospectivamente possam ser formuladas mudanças e ajustes compatíveis com as demandas sociais de nossos dias.

Vejamos, então, a positivação material e processual penal relevante para o presente artigo.

No Código Penal, há uma série de dispositivos relativos à obrigação de reparação civil do dano causado à vítima (ou a seus herdeiros) pelo ofensor (e, conforme o caso, pelo seu responsável civil), ora como instrumento de internação dos efeitos de decisões judiciais estrangeiras; ora como condicionante à redução da pena a ser aplicada; ora como requisito para a concessão de benefícios durante a execução penal, ou mesmo, para a concessão da própria reabilitação e, destacadamente nesse artigo, como objeto de minimização dos efeitos que o resultado da ação criminosa causa sobre a condição material e psicológica da vítima e seus dependentes, no plano das pessoas físicas de *per se*, ou sobre entidades públicas ou privadas, no âmbito material ou de sua reputação e imagem, na esfera do direito pessoal (moral).

Assim, a possibilidade de incidência eficaz da obrigação da reparação civil é vasta: seja como forma de produzir no País os efeitos de sentença estrangeira, mediante a respectiva homologação, quando a aplicação da lei brasileira à espécie produzir as mesmas consequências para os crimes

cometidos no exterior; seja como forma de condicionar a concessão de progressão de regime para os delinquentes contra a Administração Pública; seja para a aplicação de penas restritivas de direito em substituição à pena privativa de liberdade, mediante prestação pecuniária à vítima, a seus dependentes ou à entidade pública ou privada com destino social (entre 1 e 300 salários mínimos, fixada pelo juiz); seja instituindo o cumprimento da reparação do dano como requisito essencial para não motivar a revogação obrigatória da suspensão condicional da pena; seja impondo como uma das condições requeridas para a concessão de reabilitação penal, o ressarcimento do dano causado à vítima pelo crime – salvo diante da impossibilidade absoluta de o ofensor poder cumpri-lo, de renúncia da vítima ou de novação da dívida; seja instituindo a desvinculação da renúncia tácita do direito de queixa do ofendido – em face da prática de atos incompatíveis com o seu direito de promover a ação penal privada –, com o fato de o mesmo receber a indenização do dano causado pelo crime.

Na esfera dos crimes em espécie, o Código Penal tipifica, em seu art. 171, §2º, V, como crime formal a “fraude para recebimento de indenização ou valor de seguro”, isto é, como um dos subtipos de estelionato, caracterizado pela conduta do agente que, por meio fraudulento, obtém (ou tenta obter, no caso de tentativa) para si, ou para outrem, vantagem ilícita. Dentre as hipóteses criminosas fraudulentas figuram, também, a lesão do próprio corpo ou saúde ou o agravamento as consequências da lesão, de modo a superdimensionar o valor da indenização que o direito lhe confere pelo dano de que foi vítima. De igual modo, ao estabelecer a hipótese criminal para o peculato culposo concorrente, o estatuto penal admite até mesmo a extinção da punibilidade, caso o funcionário criminoso concorrente repare o dano causado à Administração Pública antes da sentença irrecorrível, conforme disposto no art. 312, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Para as infrações de menor potencial ofensivo, definidas como o crime ou contravenção cuja pena cominada máxima seja igual ou inferior a dois anos, cumulada ou não com multa, foram instituídos em nosso ordenamento, mediante a Lei nº 9.099, de 26.09.1995, e, obedecendo a determinação preconizada pela Assembleia Nacional Constituinte (ANC), os Juizados Especiais Criminais (JECs). Pelo mesmo diploma legal, foram criados os Juizados Especiais Cíveis. Depois, em 2001, foram criados, pela Lei nº 10.259, de 12.7.2001, os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, no âmbito da Justiça Federal. Isto é, com competência para, na esfera criminal, “processar e julgar os feitos de competência da Justiça Federal relativos às infrações de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e de continência”, conforme disposto no art. 2º

daquela lei. Na esfera cível, com competência para “processar, conciliar e julgar as causas de competência da Justiça Federal até o valor de 60 salários mínimos, bem como executar as suas sentenças” (art. 3º, *caput*, da referida lei).

Reproduziu-se, assim, também nesse campo, o privilégio de uma justiça especializada federal, destinada a tratar das causas em que tenham como réis a União e suas entidades (autarquias, fundações e empresas públicas, art. 6º, II, da lei), excluídas as causas “de maior complexidade”, naturalmente, como se depreende do rol taxativo contido no art. 3º, §1º e seus incisos, do referido diploma legal: as ações de mandado de segurança, de desapropriação, de divisão e demarcação, as ações populares e por improbidade administrativa, as execuções fiscais, bem como as causas que versarem sobre interesses difusos e coletivos ou individuais homogêneos, sobre bens imóveis da União e suas entidades (exceto os das empresas públicas), sobre anulação ou cancelamento de ato administrativo federal (exceto atos de natureza previdenciária ou relativo a lançamento de tributos), e ação de impugnação a pena de demissão aplicada a servidores públicos civis ou sanções disciplinares impostas a militares.

Para os efeitos deste artigo, importa ressaltar que, no plano penal, a esfera de atuação dos juizados estaduais e federais está delimitada às infrações de menor potencial ofensivo – como acima definidas – e submetida ao rito sumário, como forma de agilizar a prestação jurisdicional. No plano cível, ambas obedecem também aos ritos do procedimento sumário e tratam de causas de menor complexidade, caracterizadas pelo valor da causa não excedente a 40 salários mínimos (nos JECs estaduais) ou a 60 salários mínimos no caso dos JECs federais. Importa ressaltar, também, que em ambas as esferas foram adotados os mesmos institutos da transação penal e da composição

dos danos resultantes de ilícito criminal.³ Esse é um dos pontos relevantes, em vista do objeto do presente estudo, como veremos em seguida.

Depreende-se, até aqui, que o modelo adotado pelo Código Penal obedece à lógica da reparação do dano causado ao titular do direito (portanto, à vítima, aos seus herdeiros ou representante legal) pela conduta criminosa do ofensor, como instrumento para minimizar os efeitos da aplicação da pena, ou para impor a revogação da suspensão condicional da pena, ou para permitir a extinção da punibilidade, ou para impedir a concessão da reabilitação, ou mesmo para caracterizá-la como uma obrigação de pagar quantia certa (a sentença penal condenatória transitada em julgado torna certa a obrigação de indenizar e transforma-se em título executivo judicial, cuja “execução” está sujeita ao denominado “cumprimento de sentença”, conforme visto antes). Deixa à vítima a iniciativa de propor a ação de reparação do dano pela conduta criminosa, mesmo que se trate de crime de ação penal pública incondicionada. Isto é, o Estado – no exercício de seu *jus puniendi* e de modo consentâneo com a modernidade – retira da vítima a possibilidade de ela punir o infrator “com as próprias mãos” – aplicando a pena privativa de liberdade ou qualquer outro tipo de pena⁴ –, salvo a exigência de reparação civil. Em suma, nos crimes ou contravenções criminais cuja pena privativa de liberdade cominada exceda a dois anos, cumulada ou não com multa, o Estado não

3 O art. 1º da Lei nº 10.259, de 2001, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, é cristalino quanto à aplicação subsidiária dos dispositivos da Lei nº 9.099, de 1995, que criou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais: os dispositivos serão aplicados àqueles juizados, naquilo que não conflitam com essa lei especial.

4 O sistema penal brasileiro adota, além da pena privativa de liberdade, as hipóteses de penas restritivas de direitos – a exemplo da prestação de serviços à comunidade – e de pena de multa, de natureza pecuniária (arts. 32 e seguintes do Código Penal).

oferece à vítima, de pronto, qualquer outro instrumento jurídico, a não ser a prerrogativa do livre acesso ao Judiciário, que obviamente não se eximirá de apreciar lesão ou ameaça de lesão a qualquer direito, conforme direito fundamental garantido pelo art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Entretanto, o modelo adotado pelos Juizados Especiais – estaduais ou federais – obedece à lógica da composição dos danos civis e da transação penal, independentemente de se tratar de conduta sujeita a ação penal pública incondicionada, condicional ou queixa.

Com efeito, já na audiência preliminar, o juiz buscará a conciliação e, para tanto, “esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade”, (art. 72 e seguintes da Lei nº 9.099, de 1995). Se ocorrer a composição civil dos danos, solução acordada entre ofensor e ofendido, e o ofensor concordar com a aplicação de pena alternativa à pena privativa de liberdade, o juiz determinará, de acordo com o art. 74 da lei, a redução do acordo a termo e o homologará mediante sentença irrecorrível e com eficácia de título executivo no juízo cível competente.

Na hipótese de crime de ação penal de iniciativa privada, ou ação penal pública condicionada à representação, a composição civil impõe ao ofendido a sua renúncia ao direito de queixa ou ao de representação. De outro modo, se não houver o acordo sobre os danos civis, o seu direito de queixa ou ao de representação permanecerá por seis meses, a contar da data em que tomou conhecimento da autoria do delito, após o que incorrerá em decadência do direito (art. 74, parágrafo único e 75, parágrafo único, c/c art. 38 do CPP).

O Ministério Público, por outro lado, oferecerá a transação penal se houver a representação ou se se tratar de ação penal pública incondicionada. A proposta do *parquet* será especificada pela aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, e não será admitida se o agente não tiver sido condenado, em sentença definitiva, pela prática de crime sujeito a pena privativa de liberdade; não tiver sido beneficiado pela transação penal nos cinco anos anteriores à nova transação (a aplicação de pena restritiva de direitos ou multa) e se as circunstâncias pessoais e delituosas indicarem que a adoção da medida não é, ao mesmo tempo, necessária e suficiente.

Aceita a proposta pelo ofensor e seu defensor, o juiz aprecia-la-á. Acolhendo-a, prolatará sentença determinando a aplicação da pena restritiva dos direitos ou multa, “que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de 5 (cinco) anos” (art. 76, §§4º e 5º, da Lei nº 9.099/95). Todavia, essa sentença, assim como a que rejeitar a denúncia ou queixa, é recorrível, mediante apelação, no prazo de dez dias (art. 82).

À falta de conciliação na reparação dos danos civis, o ofensor poderá oferecer oralmente a queixa, se se tratar, obviamente, de ação penal de iniciativa privada. De igual modo, no caso de ação penal de iniciativa pública e ausente o acordo na transação penal na fase preliminar, o Ministério Público oferecerá, oralmente, a denúncia. O procedimento sumaríssimo será, porém, transformado em sumário se a complexidade e as circunstâncias do caso assim o determinarem, por determinação de ofício pelo juiz, no primeiro caso, ou por requerimento do MP, no segundo.

Em síntese: o legislador trouxe para o âmbito dos juizados especiais criminais hipóteses delituosas (infrações de menor potencial ofensivo) em que são permitidas transações penais (entre a vítima e o ofensor, ou entre este e o Ministério Público, conforme o caso) e “sempre que possível a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade” (art. 62, *in fine*, da Lei nº 9.099/95), além dos critérios de oralidade, informalidade, economia processual e celeridade.

Examinaram-se, até aqui, dois paradigmas do Direito positivo brasileiro para tratar da responsabilização civil de uma pessoa física, mediante reparação pecuniária por danos materiais ou morais, cumulados ou não, decorrentes de qualquer forma de conduta criminosa – dolosa ou culposa – que a conduta do ofensor causar a outrem.

Analisam-se, agora, dois outros paradigmas relacionados ao direito à indenização civil (por danos materiais e morais), mas não vinculados de modo direto à aplicação de lei penal propriamente dita. Os paradigmas estão contidos na Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e na Lei nº 7.913, de 7 de dezembro de 1989, e dizem respeito ao instituto da ação civil pública de responsabilidade por danos morais e patrimoniais.

No primeiro caso, a Lei nº 7.347/85 circunscreve a responsabilização civil de agentes que causarem danos materiais e morais a interesses difusos ou coletivos, em cujo rol exemplificativo se destacam: o meio ambiente, o consumidor, os bens e direitos de valor cultural, paisagístico, histórico, estético ou histórico, a ordem econômica e a economia popular, assim como a ordem urbanística.

Esse diploma legal estipula os entes da federação e suas entidades (União, Estados, Municípios, suas autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista), as associações que defendam interesses difusos e coletivos, assim como o MP como legitimados para a propositura da ação de responsabilização civil e de reparação pelos danos causados. Mesmos os juízes e tribunais que tiverem conhecimento de fatos ensejadores de propositura da ação civil pública, deverão remeter as peças ao MP para as providências.

Ressalte-se, todavia, que na ação civil pública, o Ministério Público agirá obrigatoriamente como fiscal da lei (*custos legis*), se não intervier

no processo como parte, e poderá, ainda, sob sua presidência, instaurar inquérito civil e requisitar documentos, perícias, informações etc. Ademais, os órgãos públicos legitimados poderão “tomar dos interessados (leia-se: causadores dos danos) compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial” (art. 5º, §6º, da Lei).

A sanção aplicável ao causador do dano poderá consistir em obrigação de fazer (cumprimento da prestação de atividade devida), não fazer (cessação da atividade nociva) “ou cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor”, e condenação em dinheiro pelo dano causado (arts. 11 e 13 da Lei da ação civil pública). Nessa hipótese, os recursos da indenização irão para o fundo público destinado a financiar a “reconstituição dos bens lesados” – o chamado Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDDD), regulado pelo Decreto nº 1.306, de 9 de novembro de 1994.

No segundo caso, positivado pela Lei nº 7.913, de 7 de dezembro de 1989, o ordenamento instituiu a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários, sem prejuízo da ação de indenização promovida pelo próprio prejudicado.

Na hipótese, o MP agirá de ofício, ou por solicitação da Comissão de Valores Mobiliários (CMV), visando a evitar prejuízos “ou obter ressarcimento de danos causados aos titulares de valores mobiliários e aos investidores do mercado, especialmente” quando decorrerem de operações fraudulentas, “prática não equitativa”, manipulação de preços ou criação de condições artificiais no mercado de valores mobiliários, ou quando os danos causados tiverem origem na compra e venda desses valores, realizadas por administradores e acionistas controladores de

companhia aberta em função de informações privilegiadas e ainda não informadas ao mercado, ou de omissão ou informação incompleta dessas informações.

Nessa hipótese, a intervenção do Estado na reparação civil pelos danos é tão pronta e eficaz, ainda que na positivação de normas legais, que “as importâncias da condenação reverterão aos investidores lesados, na proporção de seu prejuízo”, assegurando-se ao investidor, mediante edital, o direito à habilitação de sua parcela pelo prazo de dois anos (art. 2º, da referida Lei). De igual modo, a parcela não reclamada irá compor aquele Fundo público da ação civil pública.

Depreende-se que, em ambos os casos de ação civil pública, uma vez causado um dano a interesses coletivos, difusos ou individuais homogêneos, o agente causador será responsabilizado civilmente, mediante ação direta do MP, de ofício, ou, pelo menos, mediante atuação obrigatória como fiscal da lei. Com efeito, a ação civil pública imporá ao agente ofensor uma sanção, mediante um termo de ajustamento de conduta (TAC), a condenação por obrigação de fazer, não fazer, multa cominatória diária ou indenização em dinheiro. Essa função não é dispensada ao MP no caso da ação penal, seja ela de iniciativa privada, seja ela de iniciativa pública condicionada ou incondicionada. Na hipótese, caberá ao *parquet* oferecer ou a denúncia, presentes os fortes indícios de autoria e materialidade do crime, as condições da ação e a justa causa.

A diferença está, portanto, a refletir a valoração relativa que a sociedade confere – por meio de seus representantes legisladores – aos bens da vida: se se tratar de um incêndio, de um derramamento de combustíveis no mar ou de crimes contra a ordem econômica ou à economia popular, aplicar-se-á à conduta a lei penal respectiva, e ao dano a ação civil pública, conforme visto acima. Porém, se se tratar de

um crime doloso contra a vida, ou na forma culposa desde que como tal previsto na ordem penal, e ainda que se dispense a essa conduta o tratamento material e processual conferido pela chamada ação penal pública incondicionada, ao titular do direito de reparação do dano (à vítima sobrevivente, aos seus herdeiros ou representante legal) caberá a iniciativa para a ação de reparação. Não há, por parte do Estado, qualquer iniciativa para proteger nesse sentido o titular do direito à indenização, mormente a vítima, exceto o oferecimento – não gratuito – da estrutura do Poder Judiciário para decidir sobre a respectiva lide cível.

2.2. Referencial teórico e normativo da Responsabilidade Civil

A Responsabilidade Civil é uma esfera do Direito que cuida da relação intersubjetiva e que se volta, essencialmente, para a vítima de um dano, de modo a garantir a restituição do bem sacrificado, ou a compensação pelo bem sacrificado, se não lhe for possível retornar à condição anterior – a chamada tutela específica para recompor a condição anterior ao fato danoso. Assim, diferentemente do ordenamento penal, que se volta para o ofensor, a responsabilidade civil visa a proteger a vítima, obrigando o ofensor a reparar o dano causado.

Há dois mundos na esfera da Responsabilidade Civil: a contratual, decorrente do descumprimento de uma obrigação previamente assumida, de uma cláusula contratual; e a extracontratual, decorrente da prática de atos ilícitos, da violação de um direito pela inobservância do dever de cuidado. Portanto, duas são as fontes diversas de obrigações: a lei ou o contrato, com diferentes consequências.

Neste artigo, o ponto de contato com o Direito Penal será feito com a responsabilidade derivada da prática de atos ilícitos, isto é, a

responsabilidade aquiliana, que incorpora a proporcionalidade entre a conduta do agente e a ofensa para configurar a sanção, introduz a culpa como pressuposto ou condição para caracterizar a responsabilidade, e permite a pena pecuniária como forma de indenização na reparação do dano – a chamada monetização do dano. A *Lex Aquilia*, de 286 a.C., é posterior à Lei das XII Tábuas, que consistia na aplicação da pena de Talião pelo próprio Estado, na base do “olho por olho, dente por dente; braço por braço, perna por perna.”, configurando uma espécie de vingança estatal, substitutiva da vingança privada e, claramente, não proporcional.

Para Maria Helena Diniz (2004), a Responsabilidade Civil

“é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiro em razão de ato por ela mesmo praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou em razão de simples imposição legal”.

Note-se que o motivo pode derivar, também, de imposição contratual.

De todo modo, cabe observar que a obrigação é um dever jurídico primário ou originário, enquanto a responsabilidade consiste em um dever jurídico secundário ou sucessivo. Como toda e qualquer relação jurídica envolve dois ou mais sujeitos em torno de interesses opostos, conflitantes sobre um bem da vida, a distinção da origem do dever jurídico – se originário, obrigacional; ou se secundário, sucessivo; se de lei ou de contrato – torna-se relevante, porquanto a responsabilidade é uma espécie de sombra da obrigação. Destarte, a responsabilidade é dever jurídico acessório, enquanto o da obrigação é principal. Logo, a relação entre ambas obedece a um dos Princípios Gerais do Direito: a sorte do acessório segue a do principal. A obrigação é o espelho no qual a responsabilidade civil se

enxerga. Ela somente surge quando há o descumprimento da obrigação e funciona como um mecanismo possível de recomposição do *statu quo ante*.

Ainda no plano conceitual, cabe lembrar que a responsabilidade direta diz respeito ao dever jurídico que o próprio causador do dano tem de repará-lo, ao passo que na responsabilidade indireta, o responsável responde pela reparação do dano causado por outrem a ele legalmente ou contratualmente vinculado. A responsabilidade civil alcança, ainda, a reparação por dano causado a coisa animada ou inanimada, assim como a responsabilidade subjetiva e a objetiva.

Em ambas as situações o indivíduo responde pelo dano material ou moral, ou ambos, que causar a outrem. Todavia, na responsabilidade subjetiva, o sujeito responde por culpa, caracterizada por imprudência, negligência ou imperícia, enquanto que na responsabilidade objetiva responde pelo dano material ou moral causado, independentemente de culpa ou dolo. Em qualquer caso, é indispensável o nexo de causalidade (CAHALI, 2007, p. 13-88).⁵

Do ponto de vista normativo, examinam-se, agora, os dispositivos sobre o tema na Constituição Federal, nos Códigos Civil e de Processo Civil, bem como nas leis extravagantes, a exemplo da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que instituiu a ação civil pública, e da Lei nº 7.913, de 1989, que disciplina a aplicação da ação civil pública no âmbito do mercado mobiliário.

A Assembleia Nacional Constituinte assim inscreveu, no monumental art. 5º da Lei Maior, os Direitos e Garantias Fundamentais, *verbis*:

“(…) assegurando-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos:

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

LXXV – O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença.”

No âmbito dos Direitos Sociais, além de indenizações compensatórias asseguradas ao trabalhador nas relações de emprego, o seguro contra acidentes de trabalho não exclui a responsabilidade do empregador pela indenização, “quando incorrer em dolo ou culpa” (art. 7º, I e XXVIII, da CF).

⁵ Silvio Venosa (2005, p. 53) observa que “a responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexo causal. Se a vítima, que experimentou um dano, não identificar o nexo de causalidade que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida. Nem sempre, no caso concreto, é fácil estabelecer a relação entre a causa e o efeito”.

Por outro lado, a chamada responsabilidade civil objetiva do Estado está consagrada no art. 37, §6º, da Constituição, *verbis*:

“§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

Já na tradição civilista codificada, cabe lembrar em primeiro lugar que, violado o direito, nasce a pretensão para o seu titular, sujeita esta à prescrição e à renúncia expressa ou tácita. No nosso modelo, essa regra consta do art. 189 do Código Civil e aplica-se, obviamente, de modo direto ao tema sob estudo, porquanto tem como foco a responsabilidade civil extracontratual, qual seja, o dever e a obrigação que uma pessoa tem de reparar o dano causado a outrem por sua conduta nas relações sociais, de forma voluntária ou involuntária, mas não contratual.

No que diz respeito ao tratamento da responsabilidade civil em nosso ordenamento civil, o Código de 2002 consagrou um avanço inegável, especialmente no campo da responsabilidade extracontratual ou aquiliana, derivada da prática de ato ilícito. Registre-se, a propósito, que o direito a indenização por perdas e danos derivada de responsabilidade contratual não é objeto da presente artigo, ainda que importante matéria nas relações obrigacionais e contratuais. O Direito impõe ao devedor a responsabilidade de reparar as perdas e danos experimentadas pelo credor em face do não cumprimento de obrigações contratuais (art. 389 do Código Civil). Refere-se, esta, à responsabilidade contratual.

Para tanto, o legislador caracterizou o ato ilícito sob duas vertentes: a primeira, pela responsabilidade de natureza subjetiva, ao estabelecer que aquele que violar direito e causar

dano a outrem, ainda que danos morais, seja por ação ou omissão voluntária, imprudência ou negligência comete ato ilícito (art. 186 do Código Civil). A segunda vertente, caracterizada pela responsabilidade de natureza objetiva, tem como base o abuso de direito ou o exercício do direito pelo seu titular de forma abusiva, ou seja, quando “excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (art. 187 do Código Civil).

Assim como o Direito Penal, O Direito Civil afasta a ilicitude de atos praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido. A regra civilista não considera ilícito, ainda, “a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente”, desde que praticado nos limites do necessário e indispensável para afastar o perigo (art. 188, I e II, do Código Civil).

O avanço da construção civilista de 2002 está contido, sobretudo, no Título X do Código Civil, arts. 927 a 954, que tratam especificamente da responsabilidade civil: da obrigação de indenizar (ou reparação civil) e da indenização. Isto é, normatiza a responsabilidade civil subjetiva ao especificar que o agente, quando causa dolosa ou culposamente dano a outrem, passa a ter a obrigação de reparar o dano (prejuízo), e normatiza, também, a responsabilidade civil objetiva das pessoas, nas relações privadas, ao estipular que a obrigação de reparar o dano estará caracterizada – independentemente de culpa – “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.” Diz-se “nas relações privadas” porque, nas relações públicas, a responsabilidade civil objetiva do Estado e seus agentes está regulada pela CF (art. 37, §6º). Ressalte-se, ademais, que a responsabilidade objetiva a que se refere o Código Civil aplica-se a outros casos especificados em lei, a exemplo

do modelo protetivo adotado pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 1990, igualmente consagrado no Código Civil, art. 931).

Além da atribuição de responsabilidades aos pais, pelos filhos menores; do tutor e curador, respectivamente pelos pupilos e curatelados; do empregador ou comitente, por seus empregados; do dono ou detentor do animal etc., pela reparação civil, importa ressaltar – para os efeitos deste artigo – o disposto no art. 935, do Código Civil, *verbis*:

“Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.”

Ou seja, as normas civilistas guardam, nesse particular, correspondência com as normas penais examinadas.

3. Por uma política pública de acesso à ação civil *ex delicto*

Os constituintes estabeleceram, de forma categórica, o papel do Ministério Público como “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”⁶

Não obstante as reformas constitucionais de 1998 (EC19/98) e de 2004 (EC 45/04), que promoveram mudanças na órbita do Estado-administração, assim como do Estado-juiz, a não atuação do Ministério Público em matéria de direitos individuais disponíveis permanece como dantes, sem exceção.

O substrato dos fundamentos expostos nas seções anteriores deste artigo permite formular uma política pública que viabilize o acesso das vítimas à ação civil de reparação de danos, mediante a modificação constitucional no papel do ministério público, de modo que o Estado possa – por meio do órgão ministerial – colocar à disposição das pessoas os meios de que precisam para agir judicialmente, isto é, exercer o seu direito de ação.

Sabe-se que o Ministério Público tem o monopólio da ação penal pública incondicionada (*jus persecutiones*). O que se propugna aqui é que seja estendida a atuação desse órgão, para que ofereça à vítima – em paralelo à ação penal – a postulação da correspondente ação civil indenizatória. Nada impede, aliás, que essa função seja exercida pela Advocacia Pública, igualmente em paralelo com a dimensão penal mo-

6 Vide artigos 127 e 134 da Carta Política de 1988.

vida pelo *parquet*. A decisão de prosseguir no feito, mediante juízo de conveniência e oportunidade, bem como a de peticionar a liquidação e cumprimento da sentença dependerão única e exclusivamente da vítima, ou seu representante legal, ou de seus herdeiros.

Com a Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, houve uma série de inovações no processual penal, mediante a introdução de procedimentos modernos e ágeis, visando a ampliar a atuação das pessoas envolvidas no delito, corrigir distorções e, sobretudo, atingir o atendimento do preceito constitucional, relativamente recente em nosso sistema, que diz respeito à duração razoável do processo. Entre as inovações, pode-se citar a eliminação da hipótese de prescrição da pretensão punitiva do Estado se o réu não responder ao processo (caso do foragido), assim como a definição de prazos exíguos e certos para atuação das partes – no ciclo que se estende a partir da produção de provas, do requerimento de diligências, do oferecimento de memoriais e de alegações finais.⁷

No que interessa ao objeto deste artigo, enfatize-se que, na minirreforma de 2008, foi mantida a tradicional possibilidade de atuação processual do querelante, ou do assistente do Ministério Público. Manteve, também, a possibilidade de permissão para que o ofendido, ou seu representante legal – ou seus herdeiros, no caso do seu falecimento, incapacidade para atos da vida civil ou de invalidez permanente, por exemplo –, possam atuar como assistente do Ministério Público na ação penal pública. A admissão depende de manifestação prévia do *parquet* e, evidentemente, da sua aprovação pelo juiz que preside o processo.

Com efeito, o ofendido – ou seu substituto processual – pode propor meios de prova, requerer perguntas a testemunhas, aditar o libelo e os articulados. Todavia, na audiência de instrução e julgamento, o juiz procederá à tomada de declarações do ofendido, à inquirição de testemunhas, às acareações, à manifestação de peritos e, por último, como deve ser no devido processo legal garantista, interroga o acusado. Assim, o ofendido passou a participar efetivamente da instrução criminal.

Esse modelo processual penal inovador peca, todavia, por não viabilizar, para o ofendido, o liame entre a responsabilidade penal e a responsabilidade civil do acusado, exatamente nessa fase processual. Não está na esfera de competência do magistrado perguntar ao ofendido se, com base no inquérito policial, na denúncia, e nas provas colhidas, deseja exercer o seu direito de agir na esfera civil para pleitear a reparação do dano sofrido, pois essa hipótese não foi considerada pelos formuladores

⁷ Vide Livro I, Título VIII, que trata do Juiz, do ministério público, do acusado e defensor, dos assistentes e auxiliares da justiça – arts. 251 e seguintes, e Livro II, Título I – Processo Comum, arts. 394-405, todos do Código de Processo Penal, com a redação dada pela citada Lei nº 11.719, de 2008.

da reforma nem pelos legisladores. Ressalte-se, em verdade, que a reforma de 2008, de fato, inovou e avançou ao determinar que, em caso de sentença condenatória, o magistrado fixe valor mínimo para reparação de danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido (art. 387, IV, do Código de Processo Penal, conforme a redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

Contudo, para que a vítima – ou seus herdeiros – não fique à mercê da sentença condenatória, nos termos acima, cabe ao Estado promover a adoção de uma política pública, com a qual o Estado-administração e o Estado-juiz possam oferecer ao ofendido – ou a seus herdeiros – os meios para mover a ação de reparação de danos perpetrados pelo acusado, ou mesmo pelo réu, dada a mencionada independência entre as esferas penal e cível em nosso ordenamento.

Uma das possibilidades de oferecimento desses serviços pelo Estado pode ser identificada, também, na missão constitucional da Defensoria Pública. No caso, e alternativamente, o critério para filtrar a demanda poderia ser o nível de renda do ofendido. Aqueles mais pobres teriam os serviços gratuitamente oferecidos pelo Estado, respeitando-se sempre a discricionariedade dos demandantes. Seria um avanço, porquanto os juridicamente pobres não dispõem, por definição, de meios para financiar os custos do processo judicial, sem sacrificar aspectos importantes de sua vida e de seus próprios familiares.

De resto, deve ser enfatizado que a modalidade de atuação ministerial proposta já é praticada na esfera de crimes ambientais e de crimes contra a ordem financeira, especificamente no caso de delitos contra os investidores no mercado de valores mobiliários.

4. Conclusão

Os Constituintes originários de 1987/88 estabeleceram, entre os Direitos e Garantias Fundamentais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade e à segurança. Prescreveram, na esfera penal, uma série de princípios, estendendo-se do requisito da observância do princípio do devido processo legal à exigência de tipificação anterior ao fato e prévia cominação legal, para que uma conduta seja considerada criminosa e, assim, sujeita à aplicação de pena. Incluíram o princípio da não-culpabilidade ao estipular que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.”, assim como o direito à indenização do condenado, pelo Estado, em caso de erro judiciário ou de excesso de tempo na prisão no cumprimento de pena.

No que diz respeito ao foco deste artigo, é de especial interesse notar que os Constituintes originários determinaram, em última norma progra-

mática das Disposições Gerais da Constituição, que cabe ao poder público dar a “assistência aos herdeiros e dependentes carentes da pessoa vitimada por crime doloso, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do ilícito.” (art. 245, Constituição Federal). Todavia, decorridos mais de vinte anos de vigência da Constituição de 1988, a lei estabelecendo as hipóteses e condições em que o poder público dará a assistência ainda não foi produzida pelo constituinte ordinário.

Nesse sentido, como o Código Penal e suas leis processuais precedem temporalmente à Constituição, é preciso que se faça uma leitura de seus dispositivos à luz da Constituição, como se adotássemos uma espécie de filtro constitucional para as normas do sistema normativo penal. Não obstante a defasagem temporal, a lei processual já dispunha acerca da possibilidade de o Estado atuar na reparação civil *ex delicto*, desde que o ofendido, ou melhor, ainda, o titular do direito à indenização (incluindo os seus herdeiros ou responsável civil) fosse juridicamente pobre e desde que a requeresse ao Ministério Público. Esta função encontra-se, hoje, reservada às Defensorias Públicas, caracterizando, assim, uma inconstitucionalidade progressiva daquela norma processual.

Na esfera da responsabilidade civil, foram examinados os direitos constitucionais fundamentais inscritos nos arts. 5º, 6º e 37, todos da Lei Maior; no Código Civil e nas leis instituidoras da ação civil pública – a relativa aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, e a relativa aos investidores no segmento de valores mobiliários do mercado financeiro. Buscou-se examinar o dever de reparar danos materiais e morais de natureza extracontratual, derivados, portanto, de condutas nas relações sociais não contratuais. Conclui-se que o sistema civilista, adotado a partir de 2002, representa um grande avanço no tratamento da responsabilização civil *ex delicto* no Brasil, até porque o Código entrou

em vigência 33 anos após a criação da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil (maio de 1969) e 12 anos após a vigência da nova Constituição, incorporando uma visão além da patrimonialista sobre o tema – logo, desse ponto de vista, com uma vantagem enorme em relação ao tratamento conferido ao assunto pelo Código Civil de 1916 e pela ordem penal infraconstitucional.

Institucionalizou-se a responsabilidade civil objetiva, especialmente a do Estado *lato sensu*, de seus concessionários e a dos agentes causadores de danos, quando as atividades que normalmente desenvolvem expuserem a riscos os direitos das pessoas ou quando forem fornecedores nas relações de consumo. A responsabilidade civil aquiliana, correspondente a danos materiais e morais decorrentes de atos ilícitos, encontra-se disciplinada também de modo satisfatório, permitindo ao juiz fixar a indenização, por equidade, quando materialmente não for possível quantificá-la. A propósito, não obstante a instituição de alguns parâmetros a serem observados na fixação da reparação civil em casos de homicídio, lesões corporais leves e graves, inclusive as derivadas de erro médico-hospitalar, não há como negar que pouco se avançou em matéria de parametrização para a responsabilidade civil por danos morais.

Do exposto, conclui-se que sob a ótica teórico-normativa os modelos penal e civil se complementam na esfera da responsabilização do ofensor pelo dano que causar à vítima, mediante o instituto da ação civil *ex delicto*, do indiscutível dever de reparar danos por atos ilícitos, ainda que provoquem somente danos morais – entendidos estes como violação ou ameaça de lesão a direitos da personalidade.

Em matéria de ação civil *ex delicto* propriamente dita, destaca-se a prevalência do princípio da independência entre as esferas penal e civil, mas, ao mesmo tempo, o ponto

de contato que essa ação faz nas duas áreas clássicas do Direito.

Com efeito, garante-se à vítima, ou aos seus herdeiros, o direito de ação, fazendo especialmente a sentença penal condenatória transitada em julgado título executivo no cível. Ademais, permite-se ao juiz, nos casos de ações paralelas, suspender ou não o curso de processo civil, desde que a sua decisão de mérito dependa de definição no plano criminal.

Apesar dos avanços constatados, há uma clara opção de política criminal-civilista, no que diz respeito à atuação do Estado para a reparação dos danos: se se trata de crime ambiental, ao patrimônio histórico, à ordem econômica e urbanística, o Ministério Público age *ex officio* e independentemente de qualquer vinculação com a possível ação penal respectiva. No caso dos investidores no mercado de valores mobiliários, tanto faz a ação *ex officio* ministerial quanto a mediante requisição da CVM: em ambos os casos, os investidores estarão protegidos do ressarcimento, bastando-se, para tanto, a sua habilitação para o crédito correspondente ao prejuízo que sofreu. Os recursos não reclamados pelos investidores, no prazo de dois anos, assim como os decorrentes das multas e do valor da indenização fixado para reparar o dano causado a direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, constituirão o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (FDDD).

Na esfera da responsabilidade civil por ato criminoso, não existe essa atuação civil *ex officio* do Ministério Público. Nem mesmo quando promove a ação penal incondicionada, qualquer que seja a espécie de crime. Argumenta-se que, consoante a Constituição Federal, o *parquet* não defende direitos individuais disponíveis. Por isso não lhe cabe promover ação civil *ex delicto*, salvo na hipótese de requerimento da vítima juridicamente pobre e, mesmo assim, onde não houver sido instituída a Defensoria Pública.

Igualmente lacunoso e grave: o Constituinte derivado sequer elaborou a lei determinada pela Assembleia Nacional Constituinte. E, por isso mesmo, também, propugna-se aqui a formulação de uma política de acesso à justiça, nessa seara.

Há, assim, evidente lacuna normativa na ponte que une o sistema penal ao sistema civil: apesar dos mais de 20 anos de Constituição Federal, ainda não existe a norma programática destinada a obrigar o poder público a assistir os herdeiros de vítimas de crimes dolosos e determinada pelos Constituintes originários. Em segundo lugar, embora o Estado exerça o seu direito de ação e de punição em crimes sujeitos à ação penal pública incondicionada – destacadamente nos dolosos contra a vida e a integridade corporal, ou de periclitamento da vida e da saúde, contra o patrimônio e contra a fé pública e a Administração Pública – e, portanto, independentemente da vontade da vítima ou de seus herdeiros, ele não estende essa ação para a esfera cível.

Por isso, propugna-se a instituição da ação civil pública *ex delicto* “incondicionada”, de modo que o Estado feche o ciclo da interação dos sistemas penal e civil, dando concretude ao mandamento constitucional originário. O sistema poderia evoluir na direção propugnada, iniciando-se pelos crimes dolosos e hediondos contra a vida e a integridade corporal ou da saúde, e mormente em face de homicídios e de acidentes de trânsito, e pelos graves delitos contra a Administração Pública. No primeiro caso, os recursos contribuiriam para amenizar o sofrimento especialmente dos herdeiros e dependentes carentes da vítima; no segundo, os recursos poderiam fortalecer o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos e, assim, serem revertidos para o combate às causas dos delitos.

Visto de outra forma, seria perfeitamente cabível a adoção de mecanismo processual

sincrético, mediante o qual o juiz criminal – para além do vigente dever de fixar valor mínimo de indenização por danos em sentença penal condenatória – oferecesse ao ofendido ou a seus herdeiros, em plena audiência de instrução e julgamento, a informação, a opção e os meios processuais para agir na esfera cível, independentemente do desfecho do caso na esfera penal.

O papel do Ministério Público poderia, igualmente, ser reforçado na formulação da política aqui exposta, mediante a atuação em conjunto, ou de modo paralelo, com as defensorias públicas que, por definição, devem colaborar para o acesso das pessoas juridicamente pobres à Justiça.

Referências

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3.ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2005.

_____. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

CINTRA, Antonio C. Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

VENOSA, Sílvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. 4 v.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da violência 2012: os novos padrões da violência homicida no Brasil*. São Paulo: Instituto Sangari, 2011. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/mapa2012_web.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2012.